



Universidad  
de Alcalá

# PENSIÓN COMPENSATORIA

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE SU ACTUAL SITUACIÓN EN ESPAÑA

## COMPENSATORY PENSION

JURISPRUDENCIAL ANALYSIS OF IT'S CURRENT SITUATION IN  
SPAIN

**MÁSTER UNIVERSITARIO EN  
ACCESO A LA PROFESIÓN DE ABOGADO**

Presentado por: Dña. MARÍA ARÉVALO CAPILLA

Dirigido por: Dr. JOSÉ ENRIQUE BUSTOS PUECHE

ALCALÁ DE HENARES, 1 de febrero de 2018.

D. José Enrique Bustos Pueche

CERTIFICA:

Que el trabajo titulado: Pensión compensatoria: Análisis jurisprudencial de su situación actual en España, ha sido realizado bajo mi dirección por el alumno D<sup>a</sup> María Arévalo Capilla.

Alcalá de Henares, 1 de febrero de 2018.

Firmado:

# ÍNDICE

---

ABREVIATURAS.....	3
RESUMEN .....	4
INTRODUCCIÓN .....	5
Capítulo I: El Derecho de compensación del artículo 97 C.c. ....	7
I.    CONCEPTO, NATURALEZA Y FINALIDAD JURÍDICA. ....	8
II.   REQUISITOS PARA SU CONCESIÓN. ....	9
III.  TÍTULO DE DERECHO. ....	13
IV.  RELACIÓN CON OTRAS PRESTACIONES. ....	15
4.1 <i>Diferencias con la pensión alimenticia</i> .....	15
4.2 <i>Diferencias con el derecho de compensación por trabajo doméstico</i> .....	17
4.3 <i>Diferencias con la pensión de viudedad</i> .....	19
Capítulo 2: Establecimiento de la pensión compensatoria. ....	20
I.    CUANTÍA DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA.....	21
II.   DURACIÓN DE LA PENSIÓN. ....	26
Capítulo 3: Modificación de la pensión compensatoria. ....	28
Capítulo 4: Extinción de la pensión compensatoria. ....	32
Capítulo 5: El delito de impago de la pensión compensatoria. ....	39
CONCLUSIONES .....	41

## ABREVIATURAS

---

Art	Artículo
AP	Audiencia Publicidad
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
IRPF	Impuesto de la Renta de las personas físicas
IPC	Índice de precios del consumo.
LGSS	Ley General de la Seguridad Social
Nº	Número
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

## RESUMEN

---

En el presente trabajo estudiaremos la pensión compensatoria, su naturaleza, los presupuestos para su establecimiento, la forma de determinar su importe, la duración de la pensión y su temporalidad o no, los supuestos de modificación y las causas de extinción y renuncia; así como su relación con otras medidas como la atribución del uso de la vivienda, la pensión de alimentos, la compensación económica por el trabajo en casa y la pensión de viudedad plantean una serie de cuestiones controvertidas que, han suscitado una abundante jurisprudencia.

# INTRODUCCIÓN

---

El presente trabajo supone un estudio normativo y jurisprudencial del sistema de pensión compensatoria existente actualmente en nuestro país.

La entrada en vigor de la de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil (en adelante, CC.) y se le da una nueva redacción a su artículo (en adelante, arts. o art. en singular) 97, supone un importante cambio en el alcance, modalidad, y naturaleza de la pensión compensatoria.

Papel decisivo en esta materia, ya había desempeñado, su antecesora, la Ley 30/1981 o primera Ley de divorcio española, por la que se modificó la regulación del matrimonio en el CC. y se determinó el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio en nuestro país. No obstante, tenía esta ley una clara finalidad asistencial, carácter indefinido y un único destinatario, la mujer, que si ya dependía económicamente del marido durante el matrimonio (mediana edad, sin estudios, sin cualificación profesional, dedicada al cuidado del hogar y de los hijos) quedaba desamparada tras una crisis matrimonial.

Con la nueva ley se cambia la expresión "tiene derecho a una pensión" por "tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia" con la que se acentúa la incidencia de los acuerdos de los esposos y el carácter dispositivo de la compensación; y se reconocen las pensiones temporales y la compensación mediante prestación única.

Esta nueva configuración, intenta dar respuesta a las nuevas necesidades familiares y sociales (el papel de los cónyuges se concibe en términos de igualdad, inserción de la mujer en el mundo laboral y mejora de su posición económica) y suplir las carencias que el mismo había generado. La nueva visión, se fundamenta sobre la base de un desequilibrio económico que, en relación con la posición del otro, pueda producir a un

cónyuge la separación o el divorcio, implicando a su vez un empeoramiento en la situación anterior al matrimonio, y, no un mecanismo igualatorio de las economías conyugales. Así las cosas, su principal finalidad es compensar el desequilibrio y reequilibrar la situación económica del cónyuge perjudicado por la separación o el divorcio, hasta entonces poco común en nuestro país. Se enuncian, de forma casuística en el párrafo 2º del artículo 97 del CC. los criterios o módulos que ha de tener en cuenta el Juez para la determinación de la cuantía de la compensación debida en la situación de crisis matrimonial sometida a su control, si los cónyuges no han llegado a un acuerdo sobre el particular en el correspondiente convenio regulador. En todo lo demás, su regulación no ha variado con respecto a la que se estableció con la Ley de 7 de julio de 1981. Igualmente, se fija en la correspondiente resolución judicial las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.

Es unánime en la doctrina la consideración de que la pensión compensatoria no es un mecanismo igualatorio de las economías de los cónyuges, pero existen profundas discordancias en casi todos los demás aspectos de la misma. Su naturaleza, los presupuestos para su establecimiento, la forma de determinar su importe, la duración de la pensión y su temporalidad o no, los supuestos de modificación y las causas de extinción y renuncia; así como su relación con otras medidas como la atribución del uso de la vivienda, la pensión de alimentos, la compensación económica por el trabajo en casa y la pensión de viudedad plantean una serie de cuestiones controvertidas que, han suscitado una abundante jurisprudencia y serán los puntos que vamos a tratar en el presente trabajo.

## Capítulo I: El Derecho de compensación del artículo 97 C.c.

---

Tras la reforma de 2005, el artículo 97 CC. queda redactado de la siguiente forma: *“El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.*

*A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe...”*

Varios son los aspectos en los que se modifica, en primer lugar, se habla de un derecho de compensación para el consorte que resulte perjudicado económicamente a causa de la separación o divorcio; este derecho a compensar sustituye al concepto de derecho a una pensión, y nos conduce hacia el estudio de su naturaleza jurídica.

Se añade diferentes modalidades de pago de la pensión, temporal, por tiempo indefinido y en prestación única.

Se añade también el convenio regulador como fuente válida para el nacimiento del derecho junto con la resolución judicial, lo que nos lleva a preguntarnos si sólo dicho convenio es título de derecho eficaz o necesita convalidación judicial.

Por último, se añade el acuerdo de los cónyuges como el primer criterio para fijar el importe de la pensión, a falta de dicho acuerdo, lo fijará el juez en base a los diferentes criterios enunciados en el párrafo segundo de dicho artículo. Diferenciándose así también del texto derogado, donde el acuerdo era tomado como una más de las circunstancias a tener en cuenta para determinar su cuantía.



## I. CONCEPTO, NATURALEZA Y FINALIDAD JURÍDICA.

CAMPUZANO TOMÉ. H. (1994) define la pensión compensatoria como *“aquella prestación satisfecha normalmente en forma de renta periódica, que la Ley atribuye, al margen de toda culpabilidad , al cónyuge que con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio se encuentre -debido a determinadas circunstancias, ya sean personales o configuradoras de la vida matrimonial- en una situación económica desfavorable en relación con la mantenida con el otro esposo y con la disfrutada durante el matrimonio y dirigida fundamentalmente a restablecer el equilibrio entre las condiciones materiales de los esposos, roto con la cesación de la vida conyugal”*.<sup>1</sup>

Son varias las posturas doctrinales existentes sobre la naturaleza jurídica de la pensión compensatoria. Un primer sector le concede carácter compensatorio del desequilibrio ocasionado por la separación o el divorcio en uno de los cónyuges respecto a la situación mantenida durante el matrimonio, tratando de evitar que una vez roto el matrimonio, el cónyuge en peores condiciones económicas note tal ruptura por descender en su jerarquización el nivel de vida en relación con el otro. Existe otro sector que mantiene el carácter indemnizatorio como un resarcimiento ante el daño que produce la separación o el divorcio a uno de los cónyuges, consistente en un desequilibrio económico con empeoramiento de su anterior situación en el matrimonio. Y por último una tercera que sostiene que es una figura híbrida que no participa con exclusividad de un carácter concreto al considerar que la naturaleza compensatoria o indemnizatoria no son caracteres excluyentes sino complementarios.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> CAMPUZANO TOME, H. 1994. *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*, Bosch, Barcelona, p. 28.

<sup>2</sup> BARBERÁ FRAGUAS. 2003. La pensión compensatoria. Naturaleza jurídica. Límite temporal. *Revista de Derecho vLex*, Núm. 6, ID vLex 184595, pp.10. Disponible en: <https://app.vlex.com/#vid/pension-compensatoria-limite-temporal-184595>

Lo cierto es que como hemos visto, tras la reforma del art. 97 CC. por la Ley 15/2005 se la califica de derecho a una compensación, y se consolida, por tanto, su naturaleza esencialmente compensatoria-indemnizatoria del perjuicio que un cónyuge sufre consecuencia de la ruptura matrimonial.

En cuanto a su finalidad, no es otra que la asistencial y compensatoria. Es un mecanismo, según reiterada doctrina del TSJC expresada en sentencia de 31 de enero de 2011, que procura "*prolongar la solidaridad matrimonial después de la ruptura de la convivencia, con la finalidad de reequilibrar de la manera más equitativa posible la situación económica en que queda el cónyuge más perjudicado económicamente por la separación o divorcio en relación con aquella que mantenía durante el matrimonio con una vocación inequívoca de caducidad*"<sup>3</sup>. O lo que es lo mismo como añade la doctrina del TS "*colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial...*".<sup>4</sup>

## II. REQUISITOS PARA SU CONCESIÓN.

**1. Existencia de un desequilibrio económico de uno de los cónyuges en relación con la posición del otro a causa de la separación o divorcio y empeoramiento de la situación anterior al matrimonio.**

Como se recoge en la SENTENCIA N.º 917/2008 DE TS, que a su vez alude a otra de 28 de mayo de 2005, el nacimiento del derecho a compensar "*responde a un presupuesto básico: el efectivo desequilibrio económico, producido con motivo de la separación o el*

---

<sup>3</sup> Sentencia N.º 915/2016 DE AP Barcelona, Sección 18ª, 24 de noviembre de 2016 (Rec. 1349/2015).

<sup>4</sup> Sentencia nº 106/2014 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 18 de marzo de 2014 (Rec. 201/2012).

*divorcio (no es la nulidad matrimonial), en uno de los cónyuges, que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio". Constituye su presupuesto esencial "la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. No hay que probar la existencia de necesidad -el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión, aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo-, pero sí ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfruta el otro cónyuge. Pero tampoco se trata de equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluto entre dos patrimonios"*<sup>5</sup>.

Ello nos lleva a concluir que este empeoramiento sólo puede afectar a uno de los cónyuges porque de otra manera, si se produce idéntico perjuicio en los dos, no habría desequilibrio, y, por tanto, tampoco derecho a compensar. Tampoco se concederá la pensión cuando ambos dispongan de bienes propios o ingresos suficientes para continuar con un nivel de vida similar al que venía disfrutando en el matrimonio, aunque exista una notable diferencia entre patrimonios.<sup>6</sup>

Tampoco, existe desequilibrio compensable cuando la diferencia no se ha generado durante el matrimonio, sino que proviene de la distinta posición social, familiar o profesional de uno de los cónyuges.

El único desequilibrio que se puede tener en cuenta es aquel que se pone de manifiesto en el momento de la ruptura, tal como resulta de la Sentencia nº 106/2014 de TS, sala 1ª, de lo civil, 18 de marzo de 2014 (Rec. 201/2012) donde se declara como doctrina jurisprudencial *que el desequilibrio que da lugar a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar*

---

<sup>5</sup> Sentencia nº 917/2008 de TS, Sala 1ª, de lo civil, 3 de octubre de 2008 (Rec. 2727/2004).

<sup>6</sup> BERROCAL LANZAROT.A.I. 2016. Tendencias actuales en torno a la pensión compensatoria o pensión por desequilibrio en España. *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 5 bis, pp.22. ISSN 2386-4567. Disponible en: <http://roderic.uv.es/handle/10550/56998>.

*lugar al nacimiento de una pensión que no se acredita cuando ocurre la crisis matrimonial”.*

En general, el análisis del desequilibrio obliga a ponderar los siguientes parámetros:

- *La situación del matrimonio durante la convivencia.*
- *La situación alimentaria y social del solicitante de pensión tras la separación o el divorcio.*
- *El estatus económico y social de ambos.*
- *Los niveles de vida, económicos y adquisitivos.*
- *La pérdida real del bienestar que se disfrutaba antes de la ruptura<sup>7</sup>.*

## **2. Su solicitud en los escritos de demanda de separación y divorcio. Y su solicitud previa en la demanda de separación para poder solicitarla en el divorcio.**

La sentencia nº 134/2014 del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2014 (Rec. 1966/2012) establece que el derecho a la pensión compensatoria es "*un derecho subjetivo sujeto a los principios generales de la justicia rogada y del principio dispositivo formal*", por lo que el juez no está autorizado a fijar tal pensión de oficio". La Ley no autoriza al juez a que señale la pensión de oficio, son las partes las que pueden incluirla en el convenio regulador y/o pedirla en el procedimiento de separación o divorcio junto a los escritos iniciales<sup>8</sup> de demanda o reconversión<sup>9</sup>.

---

j

<sup>8</sup> «La pensión compensatoria es una medida definitiva del juicio de separación o de divorcio matrimonial, que se regula en el art. 97 del Código Civil. No es una medida provisional ni mucho menos una medida independiente o autónoma de esta suerte de juicios. Es, además, una norma de naturaleza dispositiva, sometida a la autonomía privada, de tal forma que para que el juez pueda concederla a uno de los cónyuges necesita que la solicite en cualquiera de sus escritos iniciales, es decir, en la demanda o en la reconversión (con alguna excepción como la que recoge la sentencia del Pleno de la Sala de 10 de septiembre de 2012, recurso 1519/2010) donde se ha sentado la doctrina de que no puede ser considerada incongruente la resolución sobre la cuestión de la pensión compensatoria, siempre que la pretensión se haya introducido en el proceso, a través de la contestación a la demanda.

<sup>9</sup> La sentencia Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de fecha 3 junio de 2013 (Rec. 417/2011), ha resuelto una interesante cuestión procesal en esta materia. Desde el punto de vista procesal, se admite la validez de la solicitud de pensión compensatoria mediante reconversión implícita (no expresa) en la contestación a la

Tratándose de un derecho dispositivo y renunciable no se puede conceder si no se ha solicitado, ni se puede otorgarse en cuantía superior a la solicitada en el momento de la demanda, en un momento procesal posterior, como es la apelación.<sup>10</sup>

No se puede en el proceso de divorcio solicitar una prestación económica que no se ha solicitado previamente tras la ruptura de la convivencia, pues, se demostraría innecesaria para su sostenimiento. Si en el procedimiento de separación se ha excluido la pensión compensatoria, no puede decretarse en el posterior procedimiento de divorcio, pues, el desequilibrio económico ha de referirse al momento de la ruptura de la convivencia y ésta tuvo lugar con la separación. El no haber solicitado en el proceso de separación la compensatoria supone su denegación. No procede fijar la pensión compensatoria ex novo en el proceso de divorcio cuando existe separación matrimonial previa, porque el desequilibrio económico que la fundamenta únicamente puede producirse cuando tiene lugar la ruptura.

En todo caso, si bien, la separación y el divorcio son procesos independientes, sí es posible, por el contrario, solicitar la modificación, limitación temporal o extinción de la

---

demanda de divorcio. En concreto, en el caso fue el propio esposo demandante el que, anticipándose a las alegaciones de la esposa, y en previsión de la petición formal que esta pudiera hacer al respecto, tomó la decisión de, aun sin citarla, introducir en su demanda los elementos fácticos necesarios para negar la pensión compensatoria a partir de una relación detallada tanto de su situación económica como de la de su esposa. Esta, por su parte, no se limitó a defenderse de manera genérica de las pretensiones formuladas en su contra, sino que interesó expresamente el reconocimiento de la pensión en la contestación a la demanda. El TS entiende que, en estos casos, *"cuando la parte demandante solicite que no se fije esa medida, introduciendo de manera clara y expresa su discusión en el debate, debe considerarse que se cumplen los requisitos de formalidad suficientes para considerar ampliado el objeto del proceso no solo a la posibilidad de denegar la medida, sino también, como reverso lógico, a la posibilidad de concederla."*

<sup>10</sup>*"En cuanto a la cuantía de la pensión compensatoria fijada en la sentencia de 1ª Instancia a favor de la actora, debe tenerse en cuenta que se ha cifrado en 300 euros al mes, que es la misma cifra que se solicitó por ésta en su demanda, sin que en otro momento posterior se modificara tal petición, de manera que tratándose de un derecho dispositivo y renunciable, por lo que no puede concederse si no se ha solicitado, ni puede otorgarse en cuantía superior a la solicitada en el momento en que quedan fijados los términos del debate, es por lo que no puede en este momento del recurso de apelación solicitarse ex novo una nueva cantidad, superior a la solicitada en el momento procesal oportuno, en la demanda, por lo que debe desestimarse tal petición". Sentencia nº 234/2008 de AP Barcelona, Sección 12ª, 2 de abril de 2008 (Rec. 967/2007).*

pensión fijada en el proceso de separación cuando se insta el divorcio, siempre que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello. De conformidad con el artículo 100 del Código Civil, la pensión puede modificarse en caso de que se produzcan alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge. Buena parte de las Audiencias Provinciales consideran que la modificación solo puede efectuarse a la baja, cuando disminuyen los ingresos del deudor o aumentan los del acreedor. No obstante, no existe base legal que impida incrementarla.

### III. TÍTULO DE DERECHO.

En lo referente a cuál era la fuente del derecho a compensar, con la nueva reforma se establecen expresamente que puede ser el convenio regulador o la sentencia de separación o divorcio, acabando así con las dudas que existían en el pasado sobre si se debería o no considerar al convenio regulador. La controversia surge ahora, respecto de si este mismo convenio regulador ha de ser sometido a homologación judicial posterior o adquiere eficacia y desprende efectos desde que las partes firman el acuerdo.

El convenio regulador de separación o divorcio es un contrato suscrito de mutuo acuerdo por los cónyuges en el que ambos pactan sus relaciones, tanto económicas como respecto a los hijos, en los casos de separación, divorcio o nulidad matrimonial.

PÉREZ MARTÍN<sup>11</sup>, define el convenio regulador como *una transacción sometida a condición*, condición que no es otra que la aprobación judicial del mismo, aunque, como veremos, los efectos obligaciones se producen con independencia de la aprobación judicial del mismo, todo ello, sin perjuicio de que la ratificación de los cónyuges y la posterior aprobación judicial produzca los efectos procesales pertinentes.

---

<sup>11</sup> PÉREZ MARTÍN. AJ.2009. *Tratado de derecho de familia II*, pp.163. Editorial Lex nova, 2ª edición. ISBN: 978-84-9898-107-0

Así las cosas, podemos afirmar que el convenio regulador normalmente necesitará ser ratificado ante el Juez, y esta homologación judicial le dotará de eficacia procesal a los efectos reconocidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante, sino ha sido homologado judicialmente, esta circunstancia no le priva de validez entre los cónyuges, ya que estará revestido de la fuerza correspondiente a todo negocio jurídico. Se trata de un negocio jurídico de derecho de familia que tiene eficacia como contrato de carácter consensual y bilateral, aceptado y reconocido por las partes, con la concurrencia de mutua consentimiento, objeto y causa, y con carácter obligatorio para los suscribientes, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad del artículo 1.255 CC., tal como proclama la jurisprudencia, y, siempre que sus estipulaciones o convenciones no sean contrarias a las leyes, (como suceden con los pactos que afectan a la esfera personal de los hijos menores -que no pueden perjudicarles y siempre deberán ser supervisados por el ministerio fiscal o aprobados por el juez- o la renuncia a percibir alimentos futuros -que nunca será válida-.)<sup>12</sup> la moral, ni al orden público. Sin embargo, hasta que dichos pactos no homologados judicialmente, hayan sido elevados a escritura pública su fuerza no será ejecutiva.

De esta forma, junto a la manifestación de la capacidad de la autonomía privada en la autorregulación en el campo matrimonial se da la intervención y control judicial que como hemos manifestado en líneas anteriores debe limitarse a evitar medidas perjudiciales para los menores, o, en el caso del convenio regulador, claramente desfavorables para uno de los cónyuges. Por tanto, se trataría de un negocio jurídico *sui generis* por cuanto interviene de un lado, la autonomía privada y, de otro, el control judicial.<sup>13</sup> En este sentido, dado el carácter dispositivo de la pensión compensatoria, son frecuentes los pactos extrajudiciales que tienen por objeto a la pensión compensatoria.

---

<sup>12</sup> RAGEL SÁNCHEZ, LP. 2003. *Nulidad, separación y divorcio en la jurisprudencia*, pp. 90. Editorial Reus. ISBN: 84-290-1392-X

<sup>13</sup> MORENO VELASCO. V. 2013. La expresión de la autonomía de la voluntad de los conyugues en las crisis matrimoniales, pp. 153 y ss. *Tesis doctoral*. Universidad de Jaén. ISBN 978-84-8439-790-8. Disponible en: <http://ruja.ujaen.es/bitstream/10953/516/1/9788484397908.pdf>

## IV. RELACIÓN CON OTRAS PRESTACIONES.

En un proceso de divorcio, existen diferentes tipos de prestaciones económicas o pensiones a establecer en la sentencia judicial que sea dictada, ya sea de mutuo acuerdo o de carácter contencioso.

Es habitual confundir los conceptos de pensión de alimentos con la pensión compensatoria, o bien con la indemnización por trabajo doméstico, prestaciones económicas que a pesar de que puedan tener en común algunos aspectos, difieren enormemente tanto en presupuestos como finalidades.

Por otra parte, también resulta relevante el estudio de la relación entre la pensión compensatoria y pensión de viudedad tras la reforma de Ley General de Seguridad Social.

### 4.1 Diferencias con la pensión alimenticia.

Se entiende por alimentos según dispone el artículo 142 del Código Civil, *todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, comprendiendo también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad, y aun después, hasta que finalice su formación.*

Así, la pensión de alimentos se configura como la obligación de una persona, el alimentante, a favor de otra, el alimentista, existiendo entre ellos un vínculo familiar o parentesco de la más amplia extensión del art. 143 CC. (cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos...) a diferencia de la pensión de alimentos donde el obligado a su prestación es solo el cónyuge o ex cónyuge perjudicado por la separación o divorcio.

En cuanto al nacimiento de la obligación en compensación surge en el momento de la suspensión o extinción del vínculo matrimonial, y en alimentos puede fijarse en cualquier momento en base a la relación de parentesco, se trata de una obligación personalísima



que se extingue con la muerte del obligado a su pago, mientras que en la compensatoria opera la sucesión mortis causa. Y si bien el derecho de alimentos de un cónyuge frente a otro puede establecerse en un proceso de separación, no es así en un proceso de divorcio, al extinguirse el vínculo matrimonial. Por tanto, en un proceso de divorcio la pensión de alimentos será a favor de los hijos. La sentencia de separación o divorcio que se dicte tras la tramitación del procedimiento correspondiente determinará el cónyuge que viene obligado a satisfacer la pensión de alimentos, su cuantía, las bases o criterios para su actualización y la forma y periodo de pago. Si no existe acuerdo entre las partes, el Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.

La ley no fija una cuantía por lo que el importe será fijado por el juez atendiendo a los ingresos del cónyuge obligado a abonarla y las necesidades de los beneficiarios de la misma. El fundamento de la pensión de alimentos se encuentra en una situación de necesidad, su objetivo es satisfacer los medios necesarios para asegurar la subsistencia del alimentista, por lo que se hace preciso el análisis de la posición laboral y económica de los progenitores; en contraste con compensatoria que como hemos visto su fin era compensar el desequilibrio sin necesidad de probar la existencia de necesidad, siendo posible que el cónyuge acreedor si tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo y aún así también derecho al cobro de la pensión.

No se podrá renunciar en nombre del hijo a la pensión alimenticia que al mismo le corresponde. Los pactos o acuerdos en este sentido son nulos ya que la pensión de alimentos es indisponible a diferencia también de la compensatoria que está sometida al principio dispositivo, mientras que los alimentos no son disponibles (art. 151 CC.)

## 4.2 Diferencias con el derecho de compensación por trabajo doméstico.

La reforma de la Ley 13/2005 introdujo en el art. 68 CC. el deber de *compartir las responsabilidades domésticas, así como el cuidado y atención de ascendientes y descendientes*. De esta manera, queda articulado el deber de compartir las responsabilidades domésticas, cuyo incumplimiento será resarcible en caso de extinción del régimen de separación de bienes por separación o por divorcio a través de la pensión indemnizatoria , regulada en el artículo 1438 del Código Civil, y a diferencia de la alimenticia o compensatoria, encuentra su fundamento en la compensación que debe otorgar un cónyuge a otro, en compensación por haberse dedicado en exclusiva al trabajo doméstico<sup>14</sup>, a los efectos de poder corregir el desajuste patrimonial que haya experimentado el cónyuge dedicado a las labores del hogar, siempre que el régimen económico matrimonial existente constante el matrimonio, fuera el de separación de bienes. Cuando hablamos de trabajo doméstico, conviene determinar qué tipo de asuntos incluye este concepto. Nos estamos refiriendo a la limpieza del hogar, cuidado de la ropa, atención a los hijos, aseo, educación, comida, labores administrativas del hogar, dirección de la casa, atención de mayores y discapacitados de la familia a cargo de

---

<sup>14</sup> La reciente sentencia dictada por el Tribunal Supremo de fecha 4 de mayo de 2017, que desestima un recurso de casación contra una Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Albacete que acordaba el establecimiento de una pensión indemnizatoria a favor de la mujer, quien había compatibilizado las tareas domésticas con el trabajo desarrollado para la actividad mercantil de su marido. Así y hasta el momento la Sala Primera del Tribunal Supremo, había venido manteniendo una reiterada doctrina jurisprudencial exigiendo que, para el establecimiento de esta compensación, la dedicación del cónyuge al trabajo doméstico tenía que ser con carácter exclusivo, si bien matizando para denegar esta compensación económica que el trabajo realizado lo fuera por cuenta ajena. La reciente Sentencia dictada por la Sala Primera, desestima el recurso de casación, y establece el derecho a esta compensación económica, cuando la esposa no solamente ha realizado tareas domésticas, sino que ha también colaborado en la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge, al considerar que la colaboración con el otro cónyuge en su tarea mercantil o empresarial puede asimilarse a la contribución como trabajo para la casa.

los cónyuges, así como cualquier trabajo de jardinería, bricolaje, llevar a los niños al colegio o al médico, a las actividades extraescolares, hacer la compra, organización de vacaciones familiares, conducción de vehículos u otros análogos. Para concretar este concepto algunos autores hacen alusión al art. 1.4 del RD 1620/2011 de 14 de noviembre por el que se regula la relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familia.

Otra cuestión que debe cuantificarse es la pérdida del coste de oportunidades, la proyección laboral que se ha podido ver truncada, de haber renunciado a una exitosa carrera ya encauzada; no obstante, hay que comprobar si la persona ha hecho dejación de la incorporación voluntaria al mundo laboral, pues en este caso, como es lógico no estaríamos hablando de ninguna pérdida de coste de oportunidad y por no sumaría a la hora de estimar la cuantía de la compensación.<sup>15</sup>

Las diferencias entre la pensión compensatoria del art. 97 CC., de la pensión indemnizatoria del art. 1.438 CC, son claras, en primer lugar, su distinta naturaleza, mientras que la pensión compensatoria conecta con el deber de asistencia y socorro mutuo, la compensación económica del art. 1438 CC. conecta con el deber de corresponsabilidad de las tareas domésticas, su existencia queda justificada, en la necesidad de reparar el enriquecimiento injusto que se produce para el cónyuge que no realizó el trabajo en el hogar, y cuyo ahorro de gastos en ese concepto equivale a un enriquecimiento sin causa, en tanto que el otro, que sí ha realizado una donación de sus servicios, se ha empobrecido al no percibir ningún tipo de contraprestación económica correspondiente a su trabajo.

La pensión compensatoria por su parte es independiente del Régimen Económico Matrimonial, mientras la compensatoria como hemos dicho es exclusivo del régimen de separación de bienes. Otro dato importante es que, mientras la pensión compensatoria

---

<sup>15</sup> MIJANCOS GURRUCHAGA. L. 2015. Las reclamaciones económicas por compensación y/o resarcimiento en el proceso de disolución matrimonial de los arts. 97, 1438, 98, 1902 y 1101 CC. *INDRET, Revista para el análisis del derecho*. Disponible en: [http://www.indret.com/pdf/1133\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/1133_es.pdf)

se fija teniendo en cuenta la situación económica del cónyuge acreedor, la compensación económica del art. 1438 CC no tendrá en cuenta esta situación.

Por último, señalar que la pensión compensatoria y la compensación del art. 1438 Cc. son dos conceptos jurídicos propios e independientes, y, por tanto, compatibles, tal como viene afirmando la jurisprudencia que viene entendiendo que cabe deslindar la compensación prevista en el art. 97 Cc. para cualquier régimen económico matrimonial, de la del 1438 CC. prevista para el régimen de separación de bienes, así como las diferentes razones de una y otra.

### 4.3 Diferencias con la pensión de viudedad.

Con la reforma de la Ley General de la Seguridad Social –en adelante, LGSS– de 2015, si un cónyuge separado o divorciado tiene reconocida una pensión compensatoria o una indemnización en caso de matrimonio nulo que, percibe en vida del causante, se presume iuris et de iure que existe una relación de dependencia económica entre ellos; por lo que a la muerte del deudor de la pensión compensatoria se devengará la pensión de viudedad a favor del cónyuge superviviente. Se requiere, por tanto, para el cobro de la pensión de viudedad que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria y esta quede extinguida a la muerte del causante, con una excepción la de las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctima de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de responsabilidad penal por fallecimiento; y, en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho.

Además, recientemente, el TS ha modificado su doctrina sobre el requisito de la percepción de pensión compensatoria para el reconocimiento de la pensión de viudedad. Antes la Sala de lo Social exigía para la percepción de la pensión de viudedad que la pensión percibida tras el divorcio o separación se hubiese fijado “de modo nominal y

expresamente” como pensión compensatoria. Ahora se reconocen pensiones con finalidad análoga y no solo los expresamente establecidos con esa denominación.<sup>16</sup>

*El derecho a la pensión de viudedad no está estrictamente condicionado en el régimen contributivo a la existencia de una real situación de necesidad o de dependencia económica del cónyuge supérstite, ni a que éste estuviera incapacitado para el trabajo y a cargo de fallecido, sino que su finalidad es más bien compensar frente a un daño, cual es la falta o minoración de unos ingresos en los que participaba el cónyuge supérstite, y, en general, afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia, siendo irrelevante que el fallecimiento cree o no un estado de necesidad. Desde esta perspectiva, es decir, no siendo determinante el estado de necesidad para la adquisición del derecho a la pensión, el Tribunal afirma la constitucionalidad de la exclusión de las uniones estables de hecho de la protección de la pensión, aun cuando el supérstite se encuentre en estado de necesidad al fallecimiento del otro miembro de la unión.*<sup>17</sup>

## Capítulo 2: Establecimiento de la pensión compensatoria.

---

Para determinar si alguno de los cónyuges tiene derecho a percibir pensión compensatoria, el primer paso a seguir consiste en indagar en las circunstancias del caso concreto, con el objetivo de comprobar si la ruptura produce o no desequilibrio

---

<sup>16</sup> STS, Sala 4.ª, de 29 de enero de 2014 (Rec. 743/2013), ha flexibilizado este requisito al interpretar que debe producir los mismos efectos cualquier prestación periódica que viniera abonando el causante, con independencia de su denominación.

<sup>17</sup> Auto nº 393/2004 de Tribunal Constitucional, pleno, 19 de octubre de 2004, *Cuestión de inconstitucionalidad 5196-2003*.

económico compensable<sup>18</sup>. En aras de averiguar si existe o no ese desequilibrio, los tribunales tendrán como referente un variado elenco de circunstancias recogidas en el párrafo segundo del artículo 97 del Código Civil, las cuales como se ha dicho en varias sentencias, *tienen una doble función*<sup>19</sup>:

*a) Actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias.*

*b) Una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión.*

*A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones:*

*a) Si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria.*

*b)Cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia.*

*c) Si la pensión debe ser definitiva o temporal.*

## I. CUANTÍA DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA.

La cuantía de la pensión será la que acuerden los cónyuges o, en su defecto, la que establezca el juez en la sentencia. Como hemos dicho, se establecen en el artículo 97.2 CC. una serie de criterios para cuantificar la pensión como son los siguientes:

1. Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
2. La edad y estado de salud.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> HERRANZ GONZÁLEZ, H. 2015. La pensión compensatoria o compensación por desequilibrio en los procesos de separación o divorcio. *Revista crítica de derecho inmobiliario*, nº 751. PP.2897. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5248814>

<sup>19</sup> Sentencia Civil Nº 416/2015, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1, Rec. 1791/2014 de 20 de Julio de 2015

<sup>20</sup> La sentencia nº 242/2017 de AP de Valladolid, sección 1ª, 12 de junio de 2017 (Rec. 23/2017), “no se acredita mínimamente que, se haya producido un desequilibrio económico directo y consecuente de la apelante, por el divorcio postulado, dada la edad de la misma, 26 años, duración del matrimonio (8 años), que la misma se encuentra integrada en el mercado laboral, habiendo desempeñado trabajos dependientes fuera del hogar (servicio doméstico), es perceptora de una prestación económica de importe de 426 € mensuales”. La STS, Sala 1ª, de lo Civil de 4 de diciembre de 2012 (Rec. 691/2010), “no resulta la existencia de desequilibrio pues no consta en la misma que el estado de salud del recurrente le impide trabajar, ni que tuviera una mayor dedicación a la familia que su esposa, y su titulación y calificación profesional como abogado le capacitan para hacerlo.”

3. La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo<sup>21</sup>.
4. La dedicación pasada y futura a la familia<sup>22</sup>.
5. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> La sentencia nº 221/2017 de AP de Orense, sección 1ª de 9 de junio de 2017 (Rec.479/2016), contempla la *“edad de la actora (43 años al presentarse la demanda), ausencia de impedimento físico o psíquico que le impida trabajar, cualificación profesional (auxiliar de geriatría), prácticas en una residencia de ancianos en el curso del procedimiento, tipo de custodia idóneo para la búsqueda de empleo.”* En la sentencia nº233/2009 de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5.ª, de 10 de junio de 2009 (Rec. 110/2009), no procede la pensión por desequilibrio, pues ambos esposos tienen fácil acceso al mercado laboral. En la sentencia nº 403/2008 de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.ª, de 12 de junio de 2008 (Rec.110/2008) la percepción de una pensión por desempleo, presume en cierto modo su posibilidad para trabajar y poder alcanzar remuneración para sí misma. En la sentencia nº 668/2007 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 5 de noviembre de 2007 (Rec. 844/2007), fácil incorporación de la esposa al mundo laboral con sus propios ingresos conforme a su cualificación profesional y propias aptitudes.

<sup>22</sup> La sentencia nº 217/2007 de TS, sala 1ª, de lo civil de 4 de abril de 2017 (Rec. 640/2015) concede la pensión compensatoria apoyándose en los siguientes hechos: *“ (i) la señora Florinda tiene 51 años de edad; (ii) escasa cualificación profesional; (iii) dedicada al cuidado de su marido, hijos y hogar durante los años de la convivencia conyugal; (iv) no percibe ningún tipo de rentas; (v) sometida a tratamiento médico y psicológico.”* La sentencia nº132/2017 de AP de Guadalajara, sección 1ª de 13 de junio de 2017 (Rec. 154/2017) *“ la esposa, consta que tiene 43 años de edad, habiendo contraído matrimonio cuando tenía 18 años, dejando de trabajar y dedicándose durante los 24 años que duró el matrimonio al cuidado de sus dos hijas y su esposo con la consiguiente pérdida de expectativas laborales y ausencia de cotizaciones sociales a efectos de percepción de pensión de jubilación”*. La sentencia nº 371/2011 de AP de Burgos, sección 2ª de 13 de septiembre de 2001 (Rec. 203/2001) *“Dada la edad de la esposa, 54 años, su nula experiencia laboral, sin cualificación profesional alguna, la actual situación del mercado laboral, difícilmente puede pronosticarse, con un mínimo grado de certidumbre, que en un futuro Dª Adolfinia pueda encontrar un trabajo que elimine el desequilibrio económico provocado por el divorcio, lo que determina que no pueda establecerse una pensión con carácter temporal; siendo procedente fijar la pensión con carácter indefinido.*

<sup>23</sup> La Sentencia nº 324/2013 de la AP de Jaén, sección 3ª, 15 de noviembre de 2013 (Rec. 247/2013) entiende no existe desequilibrio en base a *“en primer lugar en el hecho de que la actora seguirá con la explotación del negocio familiar (panadería) junto con su esposo; y en segundo lugar, que además ejerce otra actividad de organizadora de viajes a cambio de una comisión.”* La sentencia nº 260/2007 de AP de Murcia, sección 1ª, 9 de octubre de 2007 (Rec. 102/2007) estima la pensión, *“la esposa sólo trabaja de forma esporádica, teniendo además en cuenta que durante el matrimonio ayudaba a su marido en el negocio familiar, por lo que la separación supuso para ella la pérdida de su trabajo, encontrando actualmente serias dificultades para una adecuada inserción en el mercado laboral, debido a su edad y a la falta de cualificación profesional”*. La sentencia nº 221-03 de AP de Valencia, 12 de mayo de 2003, procede la pensión compensatoria a favor de la mujer que *“actualmente cuenta con 53 años, y si se tienen en*

6. La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.<sup>24</sup>
7. La pérdida eventual de un derecho de pensión.
8. El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge<sup>25</sup>.
9. Cualquier otra circunstancia relevante. Esta última circunstancia viene a determinar que estamos ante una lista abierta, ejemplificativa u orientativa para el juez de manera que este ha de ponderarlos en su conjunto, sin que ninguno sea determinativo o excluyente, así como puede tener en cuenta otros datos que considerará.

De la lectura de cada una de estos parámetros podemos observar que las hay de carácter meramente compensatorio como la dedicación pasada y futura a la familia (número 4), la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales, o profesionales del otro cónyuge (número 5); la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal (número 6), la pérdida eventual de un derecho de pensión (número 7); de carácter alimenticio: el caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge (número 8); de carácter convencional: los acuerdos a los que hubieran llegado los cónyuges (número 1).<sup>26</sup> Así las cosas, en la reciente sentencia nº 232/2017 de la AP de

---

*cuenta las dificultades de acceder a otro empleo distinto de aquél que constituye el negocio familiar, fácilmente se colige la situación de desequilibrio que para la misma conlleva la ruptura.”*

<sup>24</sup> La sentencia nº 669/2007 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 23 de mayo de 2007 (Rec. 1029/2006), matrimonio con una duración de veintiséis años teniendo la esposa cincuenta y un años y habiéndose dedicado a las labores domésticas.

<sup>25</sup> La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de noviembre de 2008 (RJ 2009/3), no procede la pensión compensatoria por encontrarse el marido en el momento de la separación en situación de paro; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.ª, de 5 de abril de 2001 (JUR 2001/167031); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 4.ª, de 12 de junio de 2001 (JUR 2001/259725); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 4.ª, de 21 de febrero de 2002 (JUR 2002/116425), y de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 17 de septiembre de 2007 (JUR 2008/35632), se determina la cuantía de la pensión en función de las circunstancias concurrentes: duración del matrimonio, edad de los cónyuges, dedicación a la familia y caudal de los cónyuges, y la falta de cualificación profesional. La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 24 de abril de 2007 (JUR 2007/211262), se utilizan como criterios la dificultad de la demandante para desempeñar una vida laboral normal, pues está cuidando a su madre que padece una grave enfermedad degenerativa.

<sup>26</sup> CAMPUZANO TOMÉ, H. 1994. *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*. Bosch, Barcelona. P. 86-87.



Orense, sección 1ª, 16 de junio de 2017 (Rec. 596/ 2016), fundamento de derecho sexto se señala *“aunque el precepto comentado establezca, con carácter enunciativo, una serie de circunstancias que deben tenerse en consideración para determinar el importe de la compensación, existen elementos que parecen que influyen en la fijación de la cuantía (pérdida de un derecho de pensión, los medios económicos de que dispongan), mientras que otros tendrán una mayor influencia en la forma de pago, bien sea indefinido, temporal o único (edad, estado de salud, cualificación profesional, posibilidad de acceso a un empleo).”*

En cuanto a la forma de pago de la pensión se puede materializar de dos formas: bien con la entrega de una cantidad única de dinero o bienes; bien mediante el pago de una cantidad mensual.

La primera de ellas, es la menos frecuente pues estaríamos hablando de que el condenado al pago de la pensión tiene un elevado patrimonio ya que prefiere hacer frente al pago de la totalidad de la pensión en una sola cuota. Se suele conceder en aquellos casos en que el matrimonio ha sido de corta duración y uno de ellos tiene un trabajo y/o ingresos estables siempre que ambos cónyuges estén de acuerdo en dicho modo y el juez lo apruebe en base a que considere se están cumpliendo las garantías debidas tanto para el ex cónyuge y los hijos se los hubiera.

La otra se concreta en la entrega de una cantidad periódica de dinero, fija, normalmente mensual, abonable durante los doce meses al año<sup>27</sup>. La determinación de ese montante puede hacerse en relación a una cantidad cierta o mediante la fijación de un porcentaje sobre los ingresos del obligado al pago de la misma.

---

<sup>27</sup> Aunque se han dictado resoluciones en las que se han tenido en cuenta periodos de tiempo dispares, atendiendo a la pluralidad de ingresos de quienes trabajan por cuenta ajena, haciéndose eco de las pagas extraordinarias, por corresponder éstas también a ingresos del deudor, y, asimismo, teniendo en cuenta las mayores necesidades de los periodos a que las mismas corresponde (pagos por Navidad o vacaciones).

En cuanto al momento del pago, habrá de estarse a lo dispuesto en el propio convenio regulador o a la resolución judicial; y, en su defecto, se realizarán por meses anticipados (aplicación analógica del art. 148.II).

La pensión compensatoria así establecida, es actualizable, con el objeto de garantizar el mantenimiento del poder adquisitivo del sujeto acreedor. El juez, en la sentencia, debe fijar los criterios conforme a los cuales se podrá actualizar la pensión, siendo de obligada exigencia. El más habitual es el aumento de la misma en proporción al índice anual de precios al consumo (IPC), aunque puede operar sobre cualquier otro. De nuevo, se da al juez una gran amplitud de arbitrio. Normalmente, se considera que ha de efectuarse la revisión con carácter anual, si bien, difieren las sentencias y los convenios en cuanto al cómputo del año, sobre si es de fecha a fecha o todos los días primeros de cada año. Asimismo, es variable la fecha de exigibilidad de tal actualización. Algunas sentencias reconocen la exigibilidad de la pensión actualizada desde la fecha en que proceda dicha actualización, de acuerdo con la sentencia que la fijó, u homologó el convenio regulador; otras consideran que ha de actualizarse desde la fecha en que el Tribunal la ponderó numéricamente.

*Sea cual sea la forma establecida, en cualquier momento podrá convenirse la sustitución de la pensión fijada judicialmente o por convenio regulador formalizado conforme al artículo 97 por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero (art 99 C.C).*

Por último, las consecuencias fiscales del pago y cobro de la pensión compensatoria, son por un lado, un beneficio fiscal para el pagador, pues se podrá reducir de la base imponible del IRPF las cantidades aportadas, siempre dentro de los límites que establezca la sentencia judicial o el convenio regulador<sup>28</sup>; y por otro y en contraposición,

---

<sup>28</sup> Si uno de los cónyuges decidiera aportar un dinero extra además del marcado por ley a su ex-pareja, este no se podrá reducir. Sólo que marque la decisión del juez será desgravable. Además, en ningún caso se podrá generar una base de IRPF negativa. El pagador cuenta además con la opción de que las cantidades abonadas se resten de sus retribuciones para calcular la retención de IRPF en su nómina, sólo será

un gravamen para el receptor que deberá consignar las cantidades que recibe en concepto de pensión por compensación como rendimientos del trabajo no sujetos a retención pero sí a tributación,<sup>29</sup> declarable al 60% solo si el matrimonio duró más de dos años, pues caso de no ser así, habrá de tributar el 100% de lo recibido.

## II. DURACIÓN DE LA PENSIÓN.

Acreditada la existencia de desequilibrio económico, el tema controvertido será determinar si procede o no fijar una pensión temporal o por tiempo indefinido. En el art. 97 CC. no se establece ninguna pauta para decidir esta cuestión, si bien la reforma del Código Civil de 2005 si contempla la temporalidad de la pensión. La idea de limitar la pensión en el tiempo ya había surgido en los años 90, gracias a las interpretaciones de la jurisprudencia menor, que junto parte de la doctrina, manifiestan la conveniencia de limitar temporalmente la duración de la pensión, poniendo fin a su carácter vitalicio, ya que éste, no era compatible con su verdadera naturaleza reequilibradora y oscurecía la legítima finalidad del derecho. Estas sentencias denuncian la aparición de un nuevo contexto social y la necesidad que la legislación tiene de adaptarse al mismo. Consideran que la institución ya no se refiere a matrimonios de larga duración en los que la mujer se dedica exclusivamente al cuidado del hogar y de los hijos, sino que comienza a acceder al mundo laboral, por lo que podrá alcanzar independencia económica por sí misma, lo que implicará la posibilidad de superar el desequilibrio económico en un determinado período de tiempo. Al limitar en el tiempo la pensión concedida, se considera que el período que se fija es más que suficiente para que el beneficiario pueda proveer a lo necesario en orden a su situación económica, que suponga una mejora de la que actualmente tiene. De esta forma se compensa su situación desfavorable en relación con

---

necesario comunicar a la empresa la existencia de la pensión compensatoria y su cuantía a través del modelo 145 de IRPF. Medida lógica si se tiene en cuenta que se trata de un dinero del que no está disfrutando a efectos reales pero que sí contara a la hora de establecer sus retenciones de IRPF, mermaría su poder adquisitivo.

<sup>29</sup> Será obligatorio presentar la declaración si la cuantía excede de los 11.200 euros anuales y hay más de un pagador. De ello, que la modalidad de cuantía única origine una mayor repercusión fiscal.

la situación anterior al matrimonio y se evita una situación que alargada en el tiempo podría considerarse contraria a la equidad y cómoda para el acreedor. Debe tenerse en cuenta que, en definitiva, la finalidad de la temporalización es colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades a la que habría tenido de no haber mediado el anterior matrimonio. Cada cónyuge, dentro de sus posibilidades, debe procurarse un medio autónomo de subsistencia, en cumplimiento de la obligación que impone el artículo 35 CE, en consonancia con los elementales principios de autoestima y de valoración de la propia dignidad, sin que el hecho del matrimonio y la duración del mismo sirvan para una determinación automática e indefinida del derecho a la pensión compensatoria. La limitación temporal no es sólo necesaria como hemos expuesto para conectar la prestación con la concepción actual del matrimonio, sino que impedirá que surja el fenómeno de la “profesionalización del matrimonio”, además si consideramos que como norma general la duración de la pensión debe ser indefinida generamos un trato discriminatorio hacia el deudor, ya que la obligación perpetua que corre a cargo del mismo, restringe sus posibilidades de desarrollo personal, de rehacer su vida y de formar una nueva familia.

El juzgador puede decidir desde un primer momento introducir un límite temporal que implique la extinción de la prestación, pero en ocasiones puede llegar a la solución contraria estableciendo una pensión de duración indefinida, todo dependerá de las conclusiones que obtenga al analizar las circunstancias integrantes del desequilibrio.

Al analizar estas circunstancias, puede considerar que el desequilibrio perdurará en el tiempo pues se ha producido la pérdida total de independencia económica del acreedor y no hay soluciones posibles. En estos casos el desequilibrio será invencible y el carácter de la pensión será indefinido o revestirá la forma de una prestación vitalicia. Los factores más determinantes que fijan su carácter indefinido son la edad avanzada, un mal estado de salud del beneficiario, su nula cualificación profesional, las escasas probabilidades de acceso a un empleo remunerado, la amplia duración del matrimonio y la dedicación pasada y futura a la familia.

Si a pesar de la disminución de la independencia económica del solicitante (presupuesto básico de otorgamiento del derecho) el juez prevé que en un periodo de tiempo será muy probable la superación del desequilibrio debido a las aptitudes o circunstancias personales del acreedor, podrá establecer desde el principio un límite temporal, y por lo tanto es este caso el desequilibrio tendrá carácter coyuntural y podrá extinguirse el derecho a pensión por el transcurso del plazo fijado en sentencia. Uno de los factores más determinantes para evaluar la procedencia de la limitación es estimar el tiempo en el que el acreedor puede acceder al mercado laboral.

## Capítulo 3: Modificación de la pensión compensatoria.

---

Si la pensión compensatoria se establece en atención a las circunstancias de desequilibrio o empeoramiento económico, existentes en la fecha de la separación o el divorcio no parece lógico que una modificación posterior de tales circunstancias conlleve una variación de su cuantía. No obstante, la pensión admite su modificación, pues, hay que tener en cuenta que tanto su cuantía como su duración se establecen en función del tiempo, que se estima necesario para hacer desaparecer el desequilibrio económico y que, en consecuencia, si éste aumenta o se reduce podría justificarse un eventual aumento o reducción de la pensión, del mismo modo que, si desaparece totalmente, la pensión se extingue.

La pretensión de modificar una pensión compensatoria anteriormente acordada reviste de especial complejidad pues habrá que atender a las circunstancias de cada caso y en múltiple ocasiones nos encontramos con opiniones de la jurisprudencia dispares. Partiendo de la base que antes de la reforma de 2015 el artículo 100 CC. tenía la siguiente transcripción: *“Fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge.”* Y que tras dicha reforma queda redactado: *“Fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones en la fortuna de uno u otro cónyuge que así lo*

*aconsejen.*” Podemos observar que el legislador ha suprimido el adjetivo “sustanciales” que modulaba el sustantivo “alteraciones”, como requisito para modificar la pensión fijada en la sentencia inicial. La supresión, indudablemente, se traducirá en una notable ampliación de los márgenes de apreciación de los jueces acerca de cuando existan, o no, alteraciones que deban incidir en el importe fijado en su día. Sin embargo, en la práctica muchas de las sentencias dictadas desde esta modificación siguen exigiendo ese carácter de sustancial a pesar de que el término haya desaparecido del texto legal.

El concepto jurídico indeterminado de alteraciones sustanciales fue interpretado por el TS en su Sentencia nº 700/2011 de 3 de octubre, en la que se afirma que para que se pueda modificar lo fijado en convenio es preciso que la alteración sea sustancial, de lo que se deduce:

- 1) Que haya existido y se acredite dicha alteración, de tal manera que las circunstancias difieran de las tenidas en cuenta por el juez o los cónyuges en el convenio;
- 2) Que dicha alteración sea sustancial, esto es, de importancia tal que haga suponer que de haber existido en el momento la separación o divorcio se habrían adoptado medidas distintas, al menos en la cuantía de las prestaciones económicas;
- 3) Que no se trata de una modificación o alteración transitoria o esporádica, sino con caracteres de estabilidad o permanencia en el tiempo;
- 4) Que la modificación o alteración no haya sido provocada o buscada voluntariamente o de propósito, para obtener la modificación, y la sustitución de las acordadas por medidas más beneficiosas”.

En principio su redacción podría hacer pensar en la posibilidad tanto de un incremento como de una aminoración del quantum inicialmente establecido; sin embargo, es difícilmente concebible, salvo supuestos excepcionales, la primera de dichas alternativas, pues el citado precepto no puede desligarse, en modo alguno, del 97 CC., dado que el

desequilibrio que ha de valorarse y corregirse, en la medida de lo posible, es el existente al tiempo de la separación o divorcio, operando la cuantificación entonces realizada como tope máximo para el futuro, y ello sin perjuicio de las actualizaciones correspondientes.

El posible incremento ulterior de fortuna del obligado obedecerá, en la mayoría de los casos, a su propio esfuerzo individual, ya sin la cooperación del otro cónyuge, por lo que éste no puede participar en la bonanza económica sobrevenida, que además podría situarle en un nivel superior al disfrutado durante el matrimonio, lo que, en definitiva, rompería uno de las bases en que se asienta la figura examinada, a tenor del inciso inicial del art. 97 CC.

En definitiva, la mayor parte de la doctrina sostiene que, como norma general, la modificación cuantitativa sólo puede ser a la baja, y ello bien por el empeoramiento de fortuna del deudor (notorio y sustancial) o por mejora de la del acreedor, siempre que tales alternativas no supongan un reequilibrio susceptible de extinguir el derecho, en los términos que contempla el inciso inicial del art. 101 CC.

Convendrá pues, constatar los casos más habituales en relación a las posibles reducciones de las prestaciones compensatorias que coinciden con la mayoría de los supuestos a la “praxis” de los Tribunales son:

1. Reducción de ingresos por cambio de trabajo o de empresa: Para que pueda prosperar una demanda tendente a reducir la cuantía de la pensión compensatoria, deberá quedar suficientemente acreditado: cuál fue la causa del cambio de empresa o de trabajo, esto es, si fue debido exclusivamente a una decisión voluntaria del trabajador –excedencia voluntaria-, o si estuvo motivada por algún hecho totalmente ajeno a éste, puesto que en el primer supuesto, no debe prosperar la demanda de modificación, ya que la reducción en sus ingresos es únicamente imputable al cónyuge deudor de la pensión.

2. Reducción de ingresos por pasar a la situación de jubilado: La finalización de la vida laboral de un trabajador, tiene el efecto normal de reducir los ingresos que percibía cuando estaba en activo. Sin embargo, el solo hecho de pasar a la situación de jubilado

no es una causa automática de modificación de la cuantía de la pensión compensatoria. Para que tenga lugar esa modificación será necesario acreditar:

- Que la disminución de ingresos por el trabajo personal se traduce en una reducción sustancial de la fortuna del obligado al pago de la pensión, ya que en numerosas ocasiones los ingresos por el trabajo sólo suponían una mínima proporción del conjunto de los obtenidos por otros conceptos, o lo que es lo mismo, el paso a la situación de jubilado no le supone un cambio sustancial en su fortuna.

- Que la jubilación no coincida con el inicio de otras percepciones económicas como pueden ser las derivadas de un plan de pensiones o de jubilación, puesto que la reducción en los ingresos anteriores, se verá compensada con la llegada de nuevos ingresos.

- En el supuesto de la jubilación anticipada, que el trabajador no haya recibido una indemnización, circunstancia que más que disminuir, incrementa su fortuna.

- Que, a pesar de la jubilación, el obligado al pago de la pensión no obtenga ingresos por la realización de otro trabajo.

- Que esta disminución de ingresos incida de manera esencial y básica en las condiciones de hecho que se tuvieron en cuenta en el momento de fijarse la cuantía de la pensión compensatoria, es decir, que la situación establecida con la pensión no se desequilibre en favor del otro cónyuge.

Por último, decir que, aunque el artículo 100 del Código Civil no contempla como posible forma de modificación de la pensión por desequilibrio que está pase de indefinida a temporal; sin embargo, es una pretensión que está siendo admitida en el seno de la jurisprudencia, atendiendo a la superación del desequilibrio por los cónyuges, y adaptada a la naturaleza reequilibradora que tiene aquélla.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de mayo de 2016, se fija como indefinida la pensión que se había fijado como temporal; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, sección 1ª, de 13 de octubre de 2015, se reduce de la duración de la pensión de siete a tres años.



## Capítulo 4: Extinción de la pensión compensatoria.

---

A la pregunta cuáles son las causas que originan se extinga la pensión compensatoria, se contesta con el artículo 101 del Código civil.

En primer lugar, se extingue la pensión compensatoria “por el cese de la causa que la motivó” esto es porque suprima o la separación, el divorcio o el desequilibrio económico. En consecuencia, se extingue la pensión cuando cesa la separación, por reconciliación de los cónyuges, o cuando los ex cónyuges divorciados vuelven a contraer matrimonio entre sí. Igualmente opera la extinción cuando desaparece el desequilibrio económico. No se trata de realizar una simple operación aritmética de comparación de ingresos actuales del cónyuge beneficiario con los que en aquel momento perciba el cónyuge deudo, sino probar que el cónyuge beneficiario de la pensión está en condiciones de atender a sus necesidades básicas con los ingresos que percibe en la actualidad.

En este contexto, el cese del desequilibrio tiene generalmente su origen en una mejora en la situación económica del acreedor de la prestación o empeoramiento de los del deudor; o empobrecimiento del deudor y simultáneo enriquecimiento del acreedor, produciéndose una aproximación entre los medios de subsistencia de los dos sujetos. Y una igualación patrimonial que da lugar a la extinción de la pensión.

Son varias las circunstancias que pueden influir en la mejora de la situación del cónyuge acreedor, cuando se incorpora al mercado laboral<sup>31</sup>, cuando percibe alguna

---

<sup>31</sup> Como sostiene mayoritariamente la jurisprudencia, el mero hecho que el preceptor de la pensión desempeñe un trabajo, no conlleva automáticamente la extinción del derecho a la pensión, tampoco si son las propias partes las que en el convenio han fijado el mantenimiento de dicha pensión a pesar de que se produjera la incorporación al trabajo (STS de 23 de enero de 2012).

Se entiende que los ingresos obtenidos en una actividad laboral remunerada no han de ser esporádicos u ocasionales, sino estables y regulares.

indemnización, pensión, herencia<sup>32</sup>, donación, obtiene una cualificación provisional de la que carecía en el momento de la ruptura, se produce un cambio de la custodia de los hijos que, conlleva la no dedicación futura a la familia; y/o reduce sus gastos<sup>33</sup>. Lo relevante de todos ellos es que los ingresos sean suficientes para considerar que el preceptor de la pensión ha alcanzado independencia económica y, por tanto, ha superado el desequilibrio económico de partidas y la dependencia del cónyuge deudor de la pensión. Igualmente, el empeoramiento de la situación económica del deudor puede estar causado por la pérdida de empleo, por la quiebra de la actividad empresarial que desempeñaba, el descenso drástico de los ingresos por jubilación, por enfermedad, o por un aumento de las cargas familiares a consecuencia del nacimiento de nuevos hijos.

En segundo lugar, la pensión se extingue por contraer el acreedor nuevo matrimonio. Puede tratarse de matrimonio civil o religioso, si bien, este último, ha de ser reconocido como válido y eficaz en el orden civil. La nueva unión viene a proporcionar al cónyuge acreedor un nuevo *modus vivendi*, ligado al nacimiento de un nuevo deber de socorro como consecuencia del nuevo vínculo, que viene a reequilibrar la posición económica del ex cónyuge acreedor; además, de no resultar razonable que el nuevo cónyuge del acreedor se beneficie de la pensión que éste obtiene de su ex cónyuge.

Esta causa de extinción ha de producir efectos automáticos. desde la misma fecha en que se contrae matrimonio con independencia de la fecha en que se inscribe en el Registro Civil.

En tercer lugar, el art. 101 Cc. contempla, de forma expresa, como una de las posibles causas de extinción de la pensión compensatoria el hecho de “vivir maritalmente con otra persona”. En la práctica, una de las principales dudas que suscitaba la aplicación de esta causa venía dada por la interpretación y extensión del concepto “vida marital”, que constituye un concepto jurídico indeterminado. En las Audiencias Provinciales se

---

<sup>32</sup> Vid; la sentencia de Sala de lo Civil del TS contenida en sentencia de 3 de octubre de 2011.

<sup>33</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 25 de noviembre de 2011.

dilucidaban dos tesis diferenciadas, por una parte, entre las que venían sosteniendo su equiparación a convivencia matrimonial.<sup>34</sup> Y por otro, las que, al contrario, venían entendiendo que bastaba cualquier tipo de convivencia estable de pareja.

Ante esta panorámica el TS se ha visto obligado a abordar esta cuestión y ha venido a ponderar dos criterios interpretativos:

- El de la finalidad de la norma. Según la cual la razón por la que se introdujo esta causa de extinción de la pensión compensatoria fue la de evitar que se ocultaran auténticas situaciones de convivencia con carácter de estabilidad, más o menos prolongadas, no formalizadas como matrimonio, con el fin de seguir percibiendo la prestación.
- Y el de la realidad social del tiempo en que la norma debe ser aplicada. Utilizando este segundo canon interpretativo, debe señalarse asimismo que la calificación de la expresión "vida marital con otra persona" puede hacerse desde dos puntos de vista distintos:

---

<sup>34</sup> En base a los siguientes argumentos:

- Cualquier relación no puede servir como causa extintiva de la pensión compensatoria. No queda demostrada de forma suficiente la existencia de una convivencia continuada y estable, propia de una relación matrimonial;
- Para la existencia de una relación equivalente a la marital, debería haberse probado “la existencia de un modo de vida en común que evidencie o exteriorice un proyecto compartido”.
- “Una relación de amistad íntima, incluso con mantenimiento de relaciones sexuales y de cierta duración, no puede ser calificada de marital si no va acompañada de ese detalle calificador de tener un proyecto común de presente y de futuro que no se constata en la relación mantenida [...]. Lo probado sobre dicha relación solo faculta para considerarlo como un ejercicio de su derecho a desenvolver su vida tras la separación matrimonial de manera libre, pues el percibo de una pensión compensatoria no le obliga a realizar una vida de aislamiento social, estándole permitido efectuar cualquier actividad que sirva a su realización personal, entre la que debe incluirse el pleno desenvolvimiento de su libertad sexual sin conllevar la sanción del art. 101 Cc., solo reservada a la celebración de un nuevo matrimonio o a la convivencia marital caracterizada por ese propósito[...]”.

1. Desde el subjetivo, que se materializa en el hecho de que los miembros de la nueva pareja asumen un compromiso serio y duradero, basado en la fidelidad, con ausencia de forma;
2. Elemento objetivo, basado en la convivencia estable. En general, el Tribunal Supremo sostiene que se produce esta convivencia cuando los sujetos viven como cónyuges, es decir, more uxorio, y ello produce una creencia generalizada sobre el carácter de sus relaciones.

Los dos sistemas de aproximación a la naturaleza de lo que el Código denomina "vida marital" son complementarios, no se excluyen, así es matrimonio el que se ha prolongado durante un mes siempre que haya habido forma y es convivencia marital la que ha durado treinta años, pero sin que haya concurrido la forma del matrimonio.

Estas premisas, recogidas en la STS de 9 de febrero de 2012, llevan a concluir que una convivencia, con una cierta estabilidad, de un año y medio de duración, realizada de forma conocida y pública, aunque no desarrollada bajo un mismo techo, tuvo los efectos de "vida marital" a los efectos del art. 101 CC., precisando que: "La extinción de la pensión por la causa del art. 101.1 Cc. no puede considerarse una sanción, sino simplemente el cese de la obligación de mantener una prestación a cargo de una persona que no debe olvidarse, ya no tiene ningún deber de socorro para con su ex cónyuge, y que mantiene la obligación de la pensión únicamente si el divorcio ha producido un desequilibrio".

Finalmente, esta causa de extinción de la pensión no opera automáticamente, sino que debe ser alegada y probada en juicio.

Fuera de la enumeración del citado precepto, existen otras posibles causas de extinción de la pensión como: la muerte o declaración de fallecimiento del cónyuge acreedor o su renuncia al derecho, el acuerdo entre cónyuges (éstos pueden pactar nuevas causas<sup>35</sup>,

---

<sup>35</sup> El incumplimiento por parte del acreedor de algunos de los pactos contenidos en convenio regulador como la obligación de mantenerse inscrito como demandante de empleo, determinan la extinción de la pensión. Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5ª, de 18 de enero de 2011.

además de las que se prevén en el citado artículo 101 del Código Civil, o excluir alguna de las que se contienen en este precepto, así como dar por extinguida la pensión, o su sustitución en la forma prevista en el artículo 99); y la prescripción en el plazo de cinco años de la acción para reclamar las pensiones devengadas y no percibidas, en virtud de la aplicación del artículo 1966.3ª del Código Civil. El plazo debe empezar a contarse desde el momento en que se produzca el desequilibrio, es decir, la separación o el divorcio.

La renuncia a la pensión compensatoria es un acto subjetivo sujeto al libre albedrío de las partes. En nuestro derecho tienen cabida 3 tipos de renuncia:

- La renuncia expresa. La pensión compensatoria está sujeta al principio dispositivo y de rogación que significa que hay que pedirla para que te la den. Por ello su renuncia puede ser pactada a través de una cláusula del convenio regulador, entrando en juego el principio de que los contratos deben ser cumplidos en sus propios términos siempre que no sean contrarios al orden público ni perjudiquen a terceros.
- La renuncia implícita. La renuncia implícita a la pensión compensatoria habría de considerarla como una falta de reclamación durante un periodo de tiempo más o menos extenso. Como señala la STS de 17 marzo de 2006, la renuncia tácita es admitida jurisprudencialmente, se dice en ella “Si bien la renuncia ha de ser clara, terminante e inequívoca, el ordenamiento jurídico, concretamente, el artículo 6.2 Cc. que la regula, no la sujeta a una forma especial, por lo que puede producirse de forma tácita o implícita”. La jurisprudencia menor ha contemplado distintos supuestos en los que sí ha considerado la renuncia tácita, por no reclamar la pensión oportunamente. Así se ha estimado, por ejemplo, cuando nunca la pidió el acreedor después de la cesación de la convivencia, e incluso no lo hizo en la demanda de separación. También se ha juzgado que la no inclusión en el convenio de la separación constituye una renuncia. No obstante, para algunos

autores como ROCA TRÍAS<sup>36</sup> no será suficiente con el silencio del acreedor, sino que debería deducirse muy claramente la voluntad del afectado. La realidad es que, estando sujeta a prescripción, mientras no transcurra el término de ella, podrá pedirse la pensión. En esta línea se pronuncian diferentes resoluciones judiciales que exigen algo más para que el silencio se valore como renuncia tácita: que de las circunstancias se deduzca tal renuncia, sin que la simple ausencia del pacto sea suficiente para deducirla.

- La renuncia anticipada. Sobre su validez en nuestro derecho existen múltiples posturas. Para una primera postura la renuncia anticipada a la pensión compensatoria es plenamente válida y eficaz, si bien, hay sentencias que añaden un requisito adicional que consiste en que no se haya producido en el momento de la ruptura un cambio sustancial de las circunstancias bajo las cuales se concluyó el original acuerdo abdicativo. Por otra parte, es abanderada de la tesis contraria a la validez de la renuncia anticipada a la pensión compensatoria esgrimiendo como fundamento esgrimido por la imposibilidad de renunciar a un derecho que aún no ha nacido.

Finalmente, no extingue la pensión, la adjudicación de bienes al cónyuge acreedor como resultado de liquidación de la sociedad de gananciales, debido a que la liquidación sólo provoca la concreción del haber ganancial en bienes y derechos determinados que ya le correspondía vigente el matrimonio, siendo así que su fortuna no varía ni dicha liquidación afecta a la situación de desequilibrio, cuando ésta tiene que ver con circunstancias como la dedicación a la familia y la pérdida de expectativas laborales o profesionales ajenas a se encuentre con bienes o medios suficientes para subsistir a raíz de dicha liquidación.

---

<sup>36</sup> ROCA TRÍAS, E. (1982), "Comentario al art. 97 del Código Civil", en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, artículos 42 al 107 Cc., Revista de Derecho Privado/ Edersa, tomo II, p. 644.

Igualmente, no es causa de extinción la muerte del deudor de la pensión, la norma general es la transmisión mortis causa de la misma, las posibles excepciones vienen constituidas por la insuficiencia del caudal hereditario para atender las necesidades de la deuda, así como la posible lesión a la legítima en cuyo caso, se impondrá una reducción o la extinción de la pensión. El fundamento de esta transmisión mortis causa, normalmente tendrá en cuenta la teoría del coste de oportunidades ya que en la formación o incremento de esa masa patrimonial que le llega al heredero ha contribuido al perceptor de la pensión.

Como hemos dicho existen 2 causas que excepcionan la novación modificativa:

- Insuficiencia del caudal hereditario. Cuando hablamos de insuficiencia del caudal hereditario para satisfacer la deuda, toda la doctrina coincide en que hay un alto grado de ambigüedad en lo que debe conceptuarse como deuda, así, para algunos autores debe tener en cuenta el valor de los bienes de la masa hereditaria y otros ponen el acento no tanto en el valor, sino en la rentabilidad que se pueda obtener de los mismos. En todo caso, deberá ser el Juez quien, a la vista de las circunstancias concurrentes de la naturaleza y rentabilidad de los bienes de la herencia, deba decidir sobre la subsistencia, reducción o supresión de la pensión por desequilibrio. En algunos casos los Tribunales han hecho hincapié en el valor de la suma recibida, entendiendo que el caudal es hereditario podía soportar la carga de la pensión mediante la enajenación de los inmuebles. Por tanto, lo que se tendrá en cuenta es el valor de los bienes que componen la herencia del deudor de la pensión que falleció. Esta regla solo se aplicaría cuando se haya producido la aceptación por parte del heredero de manera simple y pura, esto es, sin beneficio de inventario. Sin embargo, esta opinión no es compartida ni por la Doctrina ni por la Jurisprudencia Mayoritaria que establece que la aplicación de la regla limitativa de la responsabilidad de los herederos se daría con independencia de la forma en la que se acepta la herencia.
- La lesión de la legítima. Este apartado es uno de los que más dificultades plantea ya que habrá de entenderse que la pensión compensatoria como deuda del

causante de la pensión debería gozar de preferencia sobre los derechos de los legitimarios, ya que el Código civil en el artículo 818 establece que para fijar la legitima se atenderá al valor de los bienes que quedarán en la muerte del testador con deducción de deudas y cargas.

## Capítulo 5: El delito de impago de la pensión compensatoria.

---

La crisis económica ha disparado las denuncias penales por el impago de pensiones alimenticias. En un primer momento, el impago de dichas pensiones parece ser constitutivo de delito, tipificado en el artículo 227.1 del Código Penal, situado en la Sección 3ª del Capítulo III del Título XII del Libro II, bajo la rúbrica *“Del abandono de familia, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección”*, rúbrica que ha sido modificada y que pasa a decir *“Del abandono de familia, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección”*. El precepto citado, establece que *“El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses”*. Sin embargo, para que pueda aplicarse efectivamente dicho precepto y el impago pase a ser considerado delito se exige la concurrencia de una serie de elementos. Existe una consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 28-07-1999, 13-02-2001 y 03-04-2001, 08-07-2002, 16-06-2003, entre otras y Auto TS 15-04-2004) que configura el delito previsto en el artículo 227 CP



como un delito de omisión que exige para su consumación la exigencia de dos elementos objetivos y uno subjetivo:

- *La existencia de una resolución judicial firme dictada en proceso de separación, divorcio, nulidad matrimonial, filiación o alimentos, o convenio aprobado por la autoridad judicial competente que establezca la obligación de abonar una prestación económica a favor del cónyuge o de los hijos.*
- La conducta omisiva que consiste en el impago reiterado de esa prestación económica durante los plazos exigidos en el precepto legal, es decir, dos meses consecutivos o cuatro no consecutivos, conducta ésta de omisión que consuma el delito por ser de mera inactividad, sin necesidad de que de ello derive ningún resultado perjudicial distinto del que ya produce la falta de percepción de la prestación establecida.
- El elemento subjetivo se configura por el comportamiento doloso del sujeto, es decir, el conocimiento de la obligación de pagar y la voluntariedad de incumplir la misma, la cual resulta inexistente en los casos de imposibilidad objetiva de afrontar la prestación debida.

Este último requisito queda excluido ante la denominada “presión por deudas”, expresamente prohibida por el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966 (“nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual”), precepto que se integra en nuestro Ordenamiento Jurídico, conforme a lo dispuesto en los artículos 10. 2º y 96. 1º de la Constitución. Así, no es posible sancionar conductas al amparo del artículo 227 CP en aquellos supuestos de imposibilidad de cumplimiento.

En estos casos, podemos concluir, que corresponde a la acusación la carga de probar, mediante la averiguación patrimonial, la situación económica del acusado; elemento esencial para acreditar su capacidad para el pago de la pensión alimenticia. Corresponde a la defensa aportar toda aquella documentación para acreditar la falta de recursos económicos para hacer frente a la pensión alimenticia, resaltando la voluntad de cumplir con la obligación alimenticia, pese a la insuficiencia económica. Queda claro

pues, que el delito de abandono económico de familia requiere un plus de antijuricidad cuando el sujeto, pudiendo satisfacer la pensión, hace dejadez consciente y voluntaria de su obligación.

## CONCLUSIONES

---

1ª) La institución de la pensión compensatoria es introducida por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 30/1981, de 7 de julio, sin contar con ningún precedente legal directo. A partir de la entrada en vigor de esta ley, la separación y el divorcio se convierten, en un remedio común ante la crisis matrimonial, acabando así con la configuración indisoluble del vínculo matrimonial y generando por lo tanto situaciones nuevas que necesitan de regulación, como es el caso de las relaciones económicas entre los ex cónyuges.

2ª La pensión compensatoria es una cantidad dineraria que uno de los cónyuges ha de satisfacer al otro, normalmente bajo la forma de una renta periódica, y que tiene su origen en el desequilibrio económico que este último ha sufrido respecto del acreedor, como consecuencia directa de la separación o divorcio. Para apreciar la oportunidad o no de su concesión, habrá de tenerse en cuenta los parámetros señalados en el art. 97 Cc. sin que sea relevante a estos efectos el régimen económico matrimonial elegido por los cónyuges.

3ª Existe un cierto consenso doctrinal a la hora de descartar su posible carácter indemnizatorio o alimenticio, afirmándose que ésta tendría más bien una naturaleza

resarcitoria o compensatoria; si bien en numerosas sentencias se hace un uso indistinto de todos estos términos. En todo caso, pocas dudas se plantean a la hora de señalar su finalidad primordialmente reequilibradora.

4º La legítima finalidad de la pensión, otorga al derecho un carácter temporal, limitar su duración se convierte en la norma general, ya que la concesión indiscriminada de pensiones con carácter vitalicio oscurecía la “ratio” de la norma y lo configuraba como un derecho absoluto. No obstante, habrá veces donde se tendrá que prolongar la pensión de forma indefinida, o al menos hasta que se acredite un cambio sustancial en las circunstancias que se tuvieron en cuenta a la hora de otorgar el derecho.

5ª Establecida la pensión por resolución judicial, queda condicionada a las circunstancias de las vidas de ambos cónyuges o ex cónyuges (lo que no hace sino reforzar su fuerte componente de carácter temporal) de forma que si se produjeran cambios en las mismas que afectaran a la estabilidad económica de alguno de ellos, la pensión compensatoria podría ser objeto de modificación o, incluso, de extinción.

6º Este derecho se caracteriza por ser de carácter dispositivo, sometido al principio procesal de justicia rogada, con lo que será necesaria la petición expresa de las partes en el momento procesal oportuno para que el juez conceda esta medida, lo que le diferencia de la obligación de prestar alimentos, figura más afín a la pensión en nuestro ordenamiento.

7ª A diferencia de lo que sucede con otras instituciones (por ejemplo, la pensión alimenticia), la pensión compensatoria tiene carácter indudablemente disponible. Por ello, es la propia parte interesada quien puede optar por hacer valer o no su Derecho, siendo posible realizar una renuncia expresa e inequívoca (también se admite la implícita y un sector doctrinal incluso la anticipada) a este Derecho en el convenio regulador de la separación o el divorcio una vez que éste es homologado judicialmente.

8º El delito previsto en el artículo 227 CP de abandono económico de familia requiere un plus de antijuricidad cuando el sujeto, pudiendo satisfacer la pensión, hace dejadez

consciente y voluntaria de su obligación, puesto no será de aplicación en caso de imposibilidad de incumplimiento.

## BIBLIOGRAFÍA

---

- BARBERÁ FRAGUAS. 2003. La pensión compensatoria. Naturaleza jurídica. Límite temporal. *Revista de Derecho vLex*, Núm. 6, ID vLex 184595, pp.10.
- BLANCO SARAGUELI, J.M. Pensión compensatoria. Diario La Ley, Nº 9049, Sección Dossier, 26 de septiembre de 2017, Editorial Wolters Kluwer.
- BERROCAL LANZAROT.A.I. 2016. Tendencias actuales en torno a la pensión compensatoria o pensión por desequilibrio en España. *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 5 bis, pp.22. ISSN 2386-4567.
- CAMPUZANO TOME, H. 1994. *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*, Bosch, Barcelona, pp. 28.
- HERRANZ GONZÁLEZ, H. 2015. La pensión compensatoria o compensación por desequilibrio en los procesos de separación o divorcio. *Revista crítica de derecho inmobiliario*, nº751. pp. 2897.
- MIJANCOS GURRUCHAGA. L. 2015. *Las reclamaciones económicas por compensación y/o resarcimiento en el proceso de disolución matrimonial de los*

artículos 97, 1438, 98, 1902 y 1101. Revista para el análisis del derecho. InDret 2/2015.

- MORENO VELASCO. V. 2013. La expresión de la autonomía de la voluntad de los conyugues en las crisis matrimoniales, pp. 153 y ss. *Tesis doctoral*. Universidad de Jaén. ISBN 978-84-8439-790-8.
- PÉREZ MARTÍN. AJ.2009. *Tratado de derecho de familia II*, pp.163. Editorial Lex nova, 2ª edición. ISBN: 978-84-9898-107-0
- RAGEL SÁNCHEZ, LP. 2003. *Nulidad, separación y divorcio en la jurisprudencia*, pp. 90. Editorial Reus. ISBN: 84-290-1392-X
- REYES LÓPEZ, M.J. 2014. La reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la extinción de la pensión compensatoria. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, febrero 2015, pp. 477-488.
- VARA GONZÁLES, J.M. 2016. Prisión por deudas. Inconstitucionalidad del delito de impago de pensión compensatoria. *Revista de Derecho Civil*. ISSN 2341-2216 vol. III, núm. 4 (octubre-diciembre, 2016) Ensayos, pp. 151-157
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. 2010. Pensión Compensatoria y Otras Prestaciones Económicas Derivadas de la Separación, el Divorcio y la Nulidad, pp. 181. La Ley 1ª ed. ISBN: 978-84-7695-880-3.